



Papeles el tiempo de los derechos

“Democracia constitucional, derechos y violencia institucional”

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de
Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad
Carlos III de Madrid

Palabras clave: Constitucionalismo. Violencia.

Democracia constitucional, derechos y violencia institucional^{*}

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

1.- Preliminar

La reflexión que se propone versa sobre la modificación y ampliación que el concepto de violencia institucional sufre en el contexto de la democracia constitucional. Si bien el concepto de violencia institucional se ha podido identificar tradicionalmente con el ejercicio de la violencia física por parte de los órganos estatales (o más bien de sus agentes), la democracia constitucional, que es el marco político en el que el Estado constitucional adquiere sentido, supone una evidente modificación.

Es necesario, en este sentido, proceder a un análisis del concepto de violencia, un concepto que no necesariamente ha de identificarse con el ejercicio bruto de la fuerza física, sino más bien con una alteración traumática de lo que podríamos denominar “las condiciones de normalidad de una determinada realidad”. En este sentido, el Estado constitucional implica una situación en la que los derechos son auténticos elementos estructurales, formando parte de su esencia. Si ello es así, la violación de derechos – aunque no implique el ejercicio de la fuerza física- constituiría un caso evidente de violencia, y de violencia institucional si procede de decisiones o de actuaciones por parte del Estado.

En el seno de la democracia constitucional asistimos a una ampliación y profundización del concepto de violencia institucional. Así, por ejemplo, los desconocimientos, la falta de garantía de derechos, las lagunas en el sistema de protección de los derechos ahora constituirían casos de violencia institucional. Una patente consecuencia de lo anterior es que poderes del Estado que tradicionalmente no

^{*} Este papel está basado en la intervención en el III Congreso Iberoamericano sobre Cooperación Judicial: “Sociedad del conocimiento y derechos humanos”, organizado por la Red Latinoamericana de Jueces (REDLAJ), celebrado en Fortaleza (Ceará-Brasil) (26 de noviembre de 2009). Se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007.

asociábamos con la violencia institucional, como los jueces, ahora sí pueden ser protagonistas de esa violencia institucional. La ampliación de lo que se entiende por violencia institucional sería una consecuencia de la lógica del Estado Constitucional: se produce una mayor profundización en los mecanismos de protección de los derechos. En la dinámica limitativa a la que se somete al Poder, se genera una mayor sensibilidad en relación con los derechos, de manera que lo que tradicionalmente se había entendido como no necesariamente incluíble en el concepto de violencia institucional, ahora sí lo es.

2.- La violencia, el Poder y el Derecho.

El fenómeno de la violencia es de trascendental importancia para las ciencias sociales en general y para la Sociología, la Filosofía política y la Filosofía del Derecho en particular. Posiblemente la razón radique en el hecho de que la violencia es un elemento que encontramos en el interior de los grupos humanos y un expediente al cual los grupos o los individuos pueden recurrir a la hora de organizar y gestionar las relaciones intersubjetivas. En este sentido, la construcción del Estado moderno y las propuestas teóricas que la han acompañado han coincidido en ocasiones a la hora de subrayar la importancia de estrategias que condicionaran, limitaran o gestionaran el ejercicio de la violencia. Es más, autores como Max Weber (pero antes Hobbes) han subrayado de manera específica que la justificación del Estado está precisamente en la monopolización de la coacción física legítima y en la limitación del ejercicio de la violencia¹. Desde este punto de vista, el Derecho constituiría la principal estrategia mediante la cual proceder a esa limitación: el hecho de que la violencia, en el marco de la organización estatal, sólo pueda ser llevada a cabo legítimamente por aquellos a los que corresponder el ejercicio del Poder estatal, y en el marco de lo establecido por reglas, es decir por criterios preexistentes conocidos, estables, generales y claros (es decir, en el marco de lo establecido por las normas jurídicas), implica ya una densidad, en lo que a la limitación de la violencia se refiere, relevante.

Aunque el Estado de Derecho, entendido como el ideal regulativo del Estado limitado y articulado a través del Derecho, supone una juridificación total de la violencia, y por lo tanto, podríamos pensar, una difuminación de la misma en el binomio violencia-Derecho, lo cierto es que incluso teóricos más profundos del Estado

¹ Vid. WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de J. Medina Echevarría y otros, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, pp. 1047 yss.

de Derecho y de la juridificación del Poder político como Kelsen, no han podido excluir a la coacción de su caracterización del Derecho. En efecto, ya sea para afirmar que la fuerza es un instrumento del Derecho, o para afirmar que la fuerza es precisamente el contenido de las normas jurídicas², lo cierto es que la cuestión de la relación entre la violencia, la fuerza y el Derecho ha centrado la atención de juristas como Ihering, Kelsen, Ross u Olivecrona. Si para Ihering el Derecho es “el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción”³, Kelsen por su parte afirma que el Derecho es “un orden coactivo de la conducta humana”⁴. Olivecrona señala que “la observancia del Derecho está condicionada por el uso regular de la fuerza”⁵, y Ross que “un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado”⁶.

Sin embargo, lo que no han hecho los juristas ha sido entrar en el análisis del concepto de violencia. Posiblemente, tampoco les correspondía. De esta manera, han evitado tener que enfrentarse con un concepto que es complejo al menos por dos razones. En primer lugar, “violencia” presenta dificultades de definición derivadas entre otras cosas del alto grado de emotividad que presenta. En segundo lugar, es un concepto que comparte ámbitos semánticos con otros que le son próximos. Hannah Arendt subrayó esta segunda circunstancia en *On violence* y presentó una caracterización de la violencia que la distinguía de las ideas de poder, potencia, fuerza, y autoridad⁷, entendidos todos ellos como elementos de dominación. Para Arendt, el Poder implica capacidad de actuación conjunta, y desde este punto de vista sería un atributo de un grupo y no de un individuo aislado, y en esto se distinguiría de la potencia, que es un rasgo predicable de un sujeto. La fuerza, es la de las circunstancias o la de la naturaleza, “la energía liberada por movimientos físicos o sociales”. En último lugar, la autoridad – vinculada a la idea de respeto– supone reconocimiento por parte de aquellos sujetos que deben obedecer los criterios establecidos por aquel que tiene autoridad. Por eso la autoridad no exige ni la coacción ni la persuasión para ser eficaz, y por eso, también, desde el momento en que implica respeto, su mayor enemigo es “el desprecio y el más

² Vid. BOBBIO, N., “Derecho y fuerza”, en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Ed., Valencia, 1980, pp. 335 y ss. Del mismo autor, pueden consultarse sobre la cuestión los trabajos incluidos en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

³ IHERING, R. v., *El fin en el Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 158.

⁴ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 51.

⁵ OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, p. 258.

⁶ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, p. 34.

⁷ Vid. ARENDT, H., *Sobre la violencia*, trad. de G. Solana, Alianza, 2006, en especial pp. 48-78.

seguro medio de minarla es la risa”⁸. Pues bien, lo que caracterizaría a la violencia es que descansa en sus instrumentos, en un determinado modo de actuación. Por eso Arendt propone determinadas diferenciaciones respecto al Poder, que exigiría una cierta estructura organizativa: “Nunca ha existido un Gobierno exclusivamente basado en los medios de la violencia: Incluso el dirigente totalitario, cuyo principal instrumento de dominio es la tortura, necesita un poder básico –la policía secreta y su red de informadores”⁹.

Si traigo a colación a Hannah Arendt es precisamente para mostrar las dificultades de la identificación clara de lo que es la violencia. Es evidente que aquí nos interesa la violencia en el terreno jurídico-político y social, y no en otros terrenos. En todo caso, creo que la violencia se puede caracterizar de acuerdo con unos criterios básicos: en primer lugar, implica una intervención (acompañada de la posible alteración) traumática, radical, de lo que pudiéramos considerar el estado normal de las cosas; en segundo lugar, si bien estamos acostumbrados a identificar la violencia con el ejercicio de la fuerza física, la violencia no siempre supone intervención física.

Sabemos, por tanto, que el universo semántico en el que se incluye la idea de violencia es complejo y sin perfiles nítidos. En todo caso, la violencia presenta una dimensión instrumental, esto es, sirve para conseguir determinadas finalidades. Esta dimensión instrumental también es compartida por el Derecho y en general por la organización política. A la hora de organizar internamente un grupo humano, las estrategias que tenemos a nuestra disposición son varias. Es cierto que la violencia es una estrategia que puede ser útil a la hora de alcanzar determinadas metas. El violento puede conseguir que el resto de los individuos actúen de acuerdo con sus órdenes, de manera que éstas lleguen a ser eficaces. Pero este esquema es opuesto a aquel otro que consiste en la organización del grupo mediante un conjunto de reglas. Como Hart recuerda, "en cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto

⁸ ARENDT, H., *Sobre la violencia*, cit., p. 62.

⁹ ARENDT, H., *Sobre la violencia*, cit., p. 69.

comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy conocemos como Derecho"¹⁰.

El respeto al Derecho es por tanto el respeto a la idea de regla, el respeto a la propuesta de acuerdo con la cual la organización del grupo mediante el establecimiento de modelos de comportamiento es preferible al recurso a la decisión aislada, a la decisión basada en el azar o en el capricho. Los juristas conocemos bien las ventajas de las reglas¹¹. Así, en primer lugar, la imparcialidad (*fairness*). La existencia de reglas generales está vinculada al carácter impersonal de las mismas. Las reglas regulan situaciones, abstracción hecha de los elementos particulares que concurren. La generalidad de las reglas permite despersonalizar las situaciones que las reglas están llamadas a regular. En ese sentido, un sistema de toma de decisiones basado en reglas, permite adoptar decisiones tomando en consideración lo que un individuo es o lo que un individuo hizo, pero no quién es ese individuo. En definitiva, las reglas constituyen obstáculos frente a la particularización. En segundo lugar, las reglas generan confianza, puesto que un sistema de ordenación de las conductas mediante reglas, permite que los sujetos conozcan los criterios de comportamiento, de un lado, y conozcan las consecuencias que se van a derivar de la observancia o inobservancia de esos criterios. En este sentido, la confianza es el resultado de la certeza y de la predictibilidad. En tercer lugar, las normas facilitan la eficiencia: la existencia de un sistema de toma de decisiones basado en reglas libera a los individuos de considerar todas y cada una de las circunstancias que debe tener en cuenta para actuar en cada caso. En cuarto lugar, hay que recordar que la existencia de un sistema de decisiones basado en reglas produce estabilidad, tanto referida a los sujetos que producen las reglas, como aquellos llamados a seguirlas. En el primer caso, la producción de una regla en el marco de un sistema basado en reglas va a constituir una actividad guiada a su vez por reglas. En relación con el destinatario de las reglas, éstas materializan un ámbito en el que es posible actuar y programar comportamientos.

En definitiva, la existencia de un sistema de reglas contribuye a determinar el éxito de las acciones colectivas. Recordemos en este punto el ejemplo propuesto por Carlos Nino y referido a su Argentina natal. En efecto, Nino demostró hasta qué punto

¹⁰ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., p., 155.

¹¹ Vid. SCHAUER, F., *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 135 y ss.

un fenómeno de ilegalidad masiva, como el que ha podido caracterizar prolongados períodos de la historia política, social y jurídica argentina, tiene como resultado situaciones de ineficiencia, subrayando de esta manera la importancia que tiene el seguimiento de normas en la materialización de acciones colectivas. En efecto, para Nino existe una clara relación entre la observancia de las normas jurídicas y sociales y el desarrollo de una sociedad, de manera que un fenómeno de ilegalidad masiva, en el que concurren conductas contrarias a las normas y una determinada actitud hacia ellas, consistente en la ignorancia, o el desprecio, de los fines perseguidos por ellas, produce situaciones de ineficiencia y subdesarrollo. Así, defiende la tesis según la cual “la existencia de *determinadas* normas es, en general, condición *necesaria* para desarrollar acciones colectivas eficientes”¹². Nino explicó las causas del subdesarrollo argentino en términos de anomia en general y de ilegalidad en particular, esto es, en referencia al incumplimiento de normas morales, jurídicas y sociales. La ilegalidad puede ser de varios tipos. En primer lugar, podemos hacer referencia a la desviación individual; en segundo lugar, al conflicto social cuando un determinado sector desconoce la legitimidad de la autoridad que dicta las normas; en tercer lugar, a lo que Nino considera la ilegalidad o anomia “boba”, referida a situaciones sociales en las que todos los sujetos resultan perjudicados por la ilegalidad. En opinión de Carlos Nino, este tipo de anomia boba produce ineficiencia. La relación entre la anomia y la ineficiencia se produce allí donde se incumplen normas que se necesitan para conseguir determinados objetivos que pueden ser individuales y/o sociales.

Pero las consecuencias de la anomia no se reducen sólo a la dificultad de la cooperación social o a la ineficiencia en el ámbito de las acciones colectivas. Además, como ha recordado Dahrendorf, la anomia entendida como aquella situación en la que las violaciones de las normas quedan impunes, genera incertidumbre e inseguridad: “La gente ya no puede prever si su vecino les va a matar o a darles su caballo. Las normas parecen haber dejado de existir o, si son invocadas, resultan ser inofensivas. Todas las sanciones parecen haberse marchitado. Ello, a su vez, hace referencia a la desaparición del poder o, más técnicamente, a la transformación de la autoridad legítima de nuevo en

¹² NINO, C. S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Emecé, Buenos Aires, 1992, p. 176.

poder desnudo y arbitrario. Difícilmente es este un estado en el que alguien desearía vivir. Es probable que los hombres no pudieran sobrevivir en él mucho tiempo"¹³.

En definitiva, el mundo del Derecho es el mundo de la regla, del criterio de comportamiento, de la predictibilidad, de la certeza; no es el mundo de la alteración traumática de la realidad, del ímpetu, del capricho, de lo inesperado, de lo arbitrario, rasgos estos referibles más bien a la idea de violencia.

No obstante, nosotros no podemos desligar al Derecho de la realidad del Poder. Al fin y al cabo, las normas, entendidas como imperativos, son expresión de una voluntad. Desde este punto de vista, el Derecho sería un instrumento del Poder mediante el cual se podría ejercer su voluntad incluso en términos de violencia. Pero lo que va a distinguir la violencia ejercida en el marco del Derecho de aquella otra extrajurídica es que la primera siempre va a estar sometida por un componente limitativo derivado de la necesaria actuación en el marco del propio Derecho, de lo establecido por sus normas. Nos encontramos aquí con la diferencia radical entre Derecho y arbitrariedad.

3.- La violencia y los derechos

Si centramos la atención en los sistemas jurídicos del constitucionalismo, el análisis de la relación entre la violencia y los derechos presenta perfiles nuevos. En el marco de una reflexión sobre el valor y la operatividad del discurso de los derechos humanos en un sistema constitucional y democrático, es posible abordar la cuestión de la contradicción entre la violencia y el sentido de los derechos humanos, de los valores que están tras ellos y de la organización de un sistema democrático apoyado en derechos.

Sabemos que la violencia implica un desconocimiento del valor del Derecho, ya que supone una actuación mediante la fuerza de los hechos y no una actuación respaldada y justificada por reglas. Pero ahora, también implica un desconocimiento del valor de los derechos y de los criterios básicos de la democracia.

La cuestión del ejercicio de la violencia en el marco de un sistema político democrático puede ser enfocada como un problema de derechos humanos. En este sentido, se puede aludir a la conexión entre sistema democrático y derechos humanos. Sin profundizar ahora en la cuestión, es posible analizar esta relación desde dos perspectivas. En primer lugar, podemos aludir a la *perspectiva de la limitación*: el

¹³ DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, trad. de L. M. Díez-Picazo, Cívitas, Madrid, 1994, p. 44.

sistema democrático es el único escenario en el que es posible hablar de derechos humanos, desde el momento en que el poder democrático es el único capaz de autolimitarse en forma de derechos protegidos y garantizados, y de comprometerse con la propuesta moral que se expresa a través de los derechos; en segundo lugar, nos encontramos con la *perspectiva de la participación*: los derechos humanos son elementos constitutivos del sistema democrático (mediante los derechos de participación).

Pues bien, la tensión entre violencia y derechos humanos, que al fin y al cabo es también la tensión entre violencia y democracia, puede ser analizada también desde diferentes ángulos. En primer lugar, recordemos que los derechos suponen una reivindicación del individuo. El discurso de acuerdo con el cual el sujeto tiene valor en sí, con independencia de su religión, su ideología, su nacionalidad, su profesión, su adscripción o militancia política, puede ser analizado al recorrer el origen histórico de los derechos. La reivindicación del valor del individuo se produce a partir de la consideración del juego interrelacionado entre los valores de dignidad, libertad e igualdad. Pues bien, la violencia supone un desconocimiento de este valor del sujeto. El individuo es tratado de manera instrumental, y no como un fin intangible; su destrucción, o la violación de su integridad, es justificada como un medio para lograr fines ulteriores que le trascienden en su valor y en el merecimiento de consideración. En segundo lugar, supone un desconocimiento del valor de las reglas y de los procedimientos en democracia. La democracia es un sistema de adopción de decisiones colectivas, respetando los derechos, a través de un procedimiento. Esto implica sometimiento a determinadas reglas del juego: las reglas del juego de la democracia. Este, posiblemente, sería uno de los pocos límites que la democracia impone al que quiere participar defendiendo sus ideas. Estas limitaciones pueden ser formales o procedimentales: el respeto a las reglas del juego tiene mucho que ver con el respeto al Derecho (imperio de la ley). También es posible hablar de limitaciones materiales (derechos). Aquí nos encontramos con el valor de la ética pública, como mínimo común ético imprescindible en cualquier sociedad (tendencia a la supervivencia de la sociedad, plataforma a partir de la cual es posible desarrollar preferencias individuales).

En tercer lugar, supone un desconocimiento del valor de la razón y de la deliberación en la resolución de la discusión y de los problemas sociales. Los procedimientos y las reglas del juego de la democracia son los cauces o mecanismos a través de los cuales se produce la discusión en democracia. La democracia es un sistema

de adopción de decisiones colectivas mediante –en última instancia- el mecanismo del principio de las mayorías. Pero la regla de las mayorías funciona, *en último momento*, cuando se debe tomar una decisión; antes, nos encontramos con el momento de la discusión y de la deliberación, con el enfrentamiento y el encuentro de razones y argumentos. En un contexto democrático, en el que todos tienen las mismas posibilidades de participar en el debate, en condiciones reales de igualdad, precisamente saldrán victoriosas aquellas posiciones que tienen mejores argumentos y razones, y que las defienden mejor. En democracia, hay mecanismos prohibidos para defender posiciones, mecanismos que se reconducen al uso de la violencia. Por ello, la violencia es una negación de la discusión y de la deliberación. Se caracteriza por la desconfianza respecto de la discusión. La estrategia que se utiliza para imponerse en el escenario político y social no es la del debate sino la de la agresión y la del miedo. La violencia intenta la imposición sobre todo aquel que no comparte los planteamientos del violento o que no se pliega a sus exigencias. Emplea una estrategia amigo-enemigo. El violento carece de la capacidad de ponerse en lugar del otro (que es la propia de la moralidad democrática). Por tanto, carece de una lógica compatible con el sistema democrático.

4.- El constitucionalismo y la ampliación del concepto de violencia institucional

El constitucionalismo, y su modelo jurídico-político, el Estado constitucional se nos presentan como estrategias de limitación del Poder. El Estado constitucional es un modelo avanzado de Estado de Derecho caracterizado por una profundización y progresiva complejidad en los mecanismos que someten a vigilancia y control el ejercicio del Poder. La existencia, en última instancia, de mecanismos como el control de constitucionalidad es buena prueba de ello. Tras todos esos mecanismos late la idea de que la garantía de los derechos y de las libertades exige limitación jurídica del Poder. Así, el constitucionalismo descansa en un pesimismo respecto al Poder, que por definición es entendido como peligroso, y un optimismo respecto al Derecho, capaz de controlar, racionalizar y limitar el ejercicio del Poder político¹⁴.

¹⁴ Vid. ZOLO, D., "Teoria e critica dello Stato di diritto", VVAA., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, (P. Costa, D. Zolo, eds.), Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 35-37.

La limitación del Poder a través del Derecho está encaminada, en última instancia, a limitar la violencia que puede ejercer el Poder. Ferrajoli ha afirmado que en un Estado democrático de Derecho “no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente ilegales, más graves y vejatorias o, lo que es lo mismo, que la violencia de las penas – jurídicamente hablando- sólo quedará legitimada en tanto en cuanto prevenga la mayor violencia que producirían los delitos que en su ausencia se cometerían”¹⁵. Como sabemos, la propuesta de Ferrajoli es la de un Derecho penal mínimo, articulado de manera tal que reduzca el ejercicio de la violencia legal, y que se puede sintetizar de la siguiente manera: “minimización de la violencia y del arbitrio tanto de las ofensas configuradas como delitos, como de las reacciones informales y excesivas que se producirían en su ausencia”¹⁶. La violencia del Derecho penal debe evitar la mayor violencia que se produciría en ausencia de las penas. Estaríamos ante un deber ser del Estado de Derecho, “un criterio de legitimación o justificación de la violencia penal; pero también, y fundamentalmente, un criterio de deslegitimación de la violencia legal superflua, tanto penal como no penal”¹⁷.

Así, Ferrajoli alude a dos modelos de legalidad: el modelo de “estricta legalidad” y el modelo de “mera legalidad”. El modelo de estricta legalidad, “se articula mediante una técnica legislativa idónea para disciplinar lo más rígidamente posible la violencia institucional y, en general, el ejercicio de los poderes coercitivos a través de la determinación normativa de sus presupuestos”. De acuerdo con este modelo, “son legítimas todas aquellas –y sólo aquellas- formas de violencia taxativamente previstas en la ley como sanciones penales frente a comportamientos lesivos y culpables, a su vez predeterminados legalmente y conformados judicialmente como delictivos”¹⁸. Por su parte, el modelo de mera legalidad es aquel que “consiste en la autorización legal para utilizar la violencia, sin una rígida vinculación a la ley misma”¹⁹. Estamos frente a dos modelos en los que la relación entre ley y violencia se articula de manera diferente. En el primer caso –modelo de estricta legalidad- la ley es un instrumento de limitación de la violencia institucional, mientras que en el segundo –modelo de mera legalidad-, la ley

¹⁵ FERRAJOLI, L., “La legalidad violenta”, en ID., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 175.

¹⁶ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. (2. Teoría de la democracia)*, Laterza, Bari, 2007, p. 358.

¹⁷ FERRAJOLI, L., “La legalidad violenta”, cit., p. 175.

¹⁸ FERRAJOLI, L., “La legalidad violenta”, cit., p. 176.

¹⁹ FERRAJOLI, L., “La legalidad violenta”, cit. p. 177

legítima el uso de la violencia. Pues bien, parece evidente que la reflexión sobre la violencia institucional debería centrarse en este último modelo.

En realidad, este modelo es rechazable desde la perspectiva del Estado constitucional, que supone un Modelo de Estado centrado en los derechos. Afirmar esto supone afirmar no sólo que los derechos están reconocidos y garantizados en la Constitución (la Constitución del constitucionalismo es la Constitución de los derechos), sino también que la garantía de los derechos supone la razón de ser de la organización jurídica y política. Por eso es en este modelo en el que de manera más evidente el Derecho y la organización política demuestran su carácter instrumental y artificial en relación con los derechos. Los derechos, en definitiva, son un elemento sustancial configurador del Estado constitucional y de su Derecho.

Creo que de la anterior afirmación se pueden derivar consecuencias que afectan muy directamente a la cuestión de la identificación de la violencia institucional en el Estado constitucional. Y es que, en efecto, los derechos son un elemento conceptual del Estado constitucional. Constituyen una dimensión normativa, con consecuencias procedimentales y sustantivas, que caracteriza el funcionamiento del sistema jurídico-político, desde el funcionamiento ordinario de las instituciones hasta el razonamiento y la argumentación de los operadores jurídicos. Por eso podemos afirmar que los derechos constituyen elementos estructurales del Estado constitucional, definen aquello que podríamos denominar la “situación de normalidad” del Estado constitucional. Cualquier afectación sufrida por los derechos, por mínima que pudiera parecer, supone una lesión grave del significado del sistema, supone una alteración de la esencia del sistema. En este sentido, las violaciones de derechos no son equiparables a violaciones de otros tipos de normas. Mientras que estas últimas son previsibles, aunque evidentemente no deseables, las violaciones de derechos adquieren una mayor gravedad en el marco de un Estado constitucional, ya que suponen un ataque a las razones constitutivas del mismo.

En este punto podemos retomar el análisis anterior en relación con el concepto de violencia. Habíamos señalado que la idea de violencia implica una alteración traumática de aquello que podríamos denominar una situación de normalidad. Pues bien, los derechos definen aquello que podríamos denominar la situación de normalidad del Estado constitucional. El “curso normal de las cosas” en el Estado constitucional implica una situación en la que los derechos son efectivamente reconocidos y protegidos, y en las que toda la maquinaria institucional dirige sus esfuerzos en última instancia a asegurar esa situación. Si ello es así, la violación, el desconocimiento de los

derechos puede ser considerado como violencia, y si esa violación es llevada a cabo por las instituciones del Estado, entonces podemos hablar de violencia institucional.

Estamos por tanto ante una situación que podemos caracterizar a partir de dos rasgos: en primer lugar, asistimos a una ampliación del concepto de violencia institucional. La violación de los derechos no implica sólo y necesariamente el recurso a la fuerza física, si bien la actuación mediante la fuerza física y la violencia puede suponer un dato que nos permite en muchas ocasiones reconocer o, al menos, sospechar, la violación de un derecho. Es más, la violación de derechos por parte de las instituciones del Estado no se lleva a cabo de manera exclusiva a través de la violencia física. La violación de derechos se puede producir a través de otras vías, que no tienen por qué implicar violencia o fuerza física. Recordemos que Robert Alexy ha señalado que en relación con los derechos de defensa, aquellos que implican acciones negativas por parte del Estado, el Estado puede impedir, obstaculizar o hacer que una acción sea jurídicamente imposible, y en ambos casos sin recurrir de en manera alguna a la fuerza física²⁰, sino mediante decisiones normativas. Ello nos invita a dejar de pensar sólo en determinadas instituciones (ejército, policía), que vinculamos con el ejercicio de la violencia, cuando hablamos de violencia institucional. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la posibilidad de ejercer violencia institucional respecto a los derechos se amplía a otras instituciones u órganos del Estado, cuyas decisiones afectan ordinaria y cotidianamente a los derechos. Poderes como el legislativo y el judicial no tienen competencias para ejercer la fuerza física (si bien pueden ordenar ejercerla), pero pueden tomar decisiones que supongan una violación de derechos, y por tanto un ataque directo a las bases estructurales del sistema constitucional.

En definitiva, estamos frente a un escenario, el del Estado constitucional, que exige una mayor sensibilidad en relación con los derechos. Esa mayor sensibilidad se expresa a través de una progresiva profundización y complejidad de los mecanismos de protección de los derechos. Pero también a través de una ampliación de lo que se consideran lesiones de derechos, y de aquellos ámbitos en los que éstas pueden producirse. A partir del lugar central y definitorio que ocupan los derechos en el Estado constitucional, las lesiones de los derechos suponen una alteración que afecta al corazón del sistema y que es traumática desde tres puntos de vista: jurídicamente,

²⁰ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 189-191.

estamos ante violaciones de normas; políticamente, estamos frente a comportamientos incompatibles con las exigencias de la democracia; moralmente estamos frente al desconocimiento de los valores que definen el proyecto moral de los derechos. La ampliación de lo que debe ser entendido por violencia institucional en el Estado constitucional es, al fin y al cabo, una consecuencia de las exigencias y compromisos derivados del lugar que ocupan los derechos en su interior. Y supone una llamada de atención en relación con todos aquellos poderes e instituciones que, en el ejercicio de sus competencias, pueden afectar derechos y libertades; una llamada de atención al legislador, que al desarrollar la Constitución y al tomar determinadas decisiones normativas puede violentar tanto el sistema de derechos hasta hacerlo irreconocible; y una llamada de atención al juez que, si bien ocupa un lugar principal en el Estado constitucional a la hora de garantizar los derechos constitucionales, también, a través de sus decisiones, puede vulnerar aspectos básicos como las garantías procesales y el derecho a una decisión justa. También aquí estaríamos frente a casos de violencia institucional frente a los derechos, incompatible con el sentido y las exigencias del Estado constitucional.